الحكم الشرعي في التحاكم إلى القوانين الدولية
بحث للشيخ عجيل جاسم النشمي

مقدم إلى

المؤتمر الثامن للهيئات الشرعية
المنعقد في مملكة البحرين في

الفترة من
٢٣-٢٤ /٥/١٤٣٠
١٨ – ١٩ /٥/٢٠٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله ربّ العالمين ، والصّلاة والسّلام على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم أجمعين وبعد ،،،

فقد جرت سنّة الله في خلقه باختلافهم في آرائهم ، واعتقاداتهم ، ومللهم ، واختلاف ألوانهم وألسنتهم ولا يزالون مختلفين حتّى يرث الله أرضه ومن عليها ، قال تعالى : " ولو شاء ربّك لجعل النّاس أمّةً واحدةً ولا يزالون مختلفين ، إلاّ من رحم ربّك ، ولذلك خلقهم " [١] ، فمن أجل الاختلاف ثمّ الرحمة للسعداء ، والعذاب للأشقياء ، ليكون فريق في الجنّة ، وفريق في السّعير ، خلق الله الخلق ولا يزالون مختلفين أبدا ، واختلافهم آية من آيات الله : " ومن آياته خلق السّماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إنّ في ذلك لآيات للعالمين " [٢] .

كما جرت سنّة الله في خلقه باتّفاقهم على حب ما جبلوا عليه من المتاع والمال ، قال تعالى : " زيّن للناس حب الشّهوات من النّساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذّهب والفضّة والخيل المسومة والأنعام والحرث ذلك متاع الحياة الدّنيا والله عنده حسن المآب " [٣] وجبل الإنسان على حب المزيد من كلّ مال ؛ ليتنافس النّاس فتعمر الأرض وتزدان ، ويسعد الإنسان في حياته الدّنيا ، لكن لما كان حب الإنسان للمال جمّاً ، لو ترك إليه لأسرف وطغى ، وتنكب الطّريق ، وجار ، وظلم وغدا عبداً للمال يشقى به .تنزلت آيات الله وكتبه وبعث بها رسله ، ليعرّفوا الإنسان حدود حرّيته في حب المال والمتاع ، ثمّ تنزلت آيات القرآن الكريم لتنظيم موارد المتاع الحلال ومصارفه ، والحرام ومساربه وتدرج التّشريع في أحكام حفظ المال والحقوق ، حتّى حدّ الحدود القاطعة لمن بالغ في التّجاوز والظّلم ، وشرع من الأحكام عامة ما ينظّم حياة النّاس في أسرهم ومجتمعهم ودولهم .

وبنى النّفوس من داخلها قبل العلاج في واقع الحياة وزخمّها ، ليكون وازع الدّين أوّل سياج حفظ الحقوق لأصحابها ،فقد تنتهي الخصومة بالعفو أو بالإعراض عن الجاهلين . وقد تنتهي الخصومة بالصّلح . إلاّ أنّ من الخصومات ما لا تنتهي إلاّ بإقامة البراهين والحجج أمام القضاء ، فكان القاضي نهاية مطاف انتصاف المظلومين من الظالمين ، وتقرير الحقوق وردّها إلى أصحابها .

---

[١] سورة هود : ١١٨ ، ١١٩ وراجع في تفسير الآية المحرر الوجيز لأبي محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي ٢٢٣/٧ الطبعة الأولى – الدوحة ١٤٠٤ – ١٩٨٤ ، ومختصر تفسير ابن كثير للشيخ محمد علي الصابوني ٢٣٦/٢ الطبعة السابعة ١٤٠٢ – ١٩٨١ بيروت .

[٢] سورة الروم : ٢٢ .

[٣] سورة آل عمران : ١٤ .

يأخذ من هذا ليعيد لهذا حقه ، ردّاً إلى حكم الله ورسوله صلّى الله عليه وسلّم : " فإن تنازعتم في شيء فردّوه إلى الله والرّسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خيرٌ وأحسن تأويلا " [١] فالنّزاع لا ينقطع بين المسلمين المؤمنين أو غيرهم ، لكن المؤمنين يفصل القرآن بينهم والسّلطان مخاطب بإقامة شرع الله وسياسة النّاس به في دينهم ودنياهم .

والقضاء سبيله في فصل الخصومات وإذا كان وازع الدّين في قلوب المؤمنين يحمل عن القضاء الكثير من وقائع الخصومات ، ممّا ينصف المؤمنون فيه بعضهم بعضا رغبةً ورهبةً استغفاراً وتغافراً وتوبةً . إلاّ أنّ هذا الوازع يقوى أو يضعف ، وقد يتغافر المؤمنون في صغائر الأمور ويحتاجون في كبارها إلى حكم القضاء لا ريب .

والطّامة حال النّاس مع ضعف وازع الدّين ، وتكالبهم على الدّنيا يتنافسوها ولو على حساب دينهم وحينما ضعف الدّين في النّفوس زاد الظّلم ونما ، وكثر الظلم والظّلمة ، وتعالت الأصوات وثارت النّفوس وهاج النّاس وماجوا ، يأكل القويّ حقّ الضّعيف ، وإزاء ذلك يحتاج الحكّام إلى كثرت الأعوان من شرطة تضبط وقضاة تحكم، رفعا للنّزاع ، وردّاً للحقوق إلى أصحابها . ولا ريب أنّ القضاء مرتقى صعب مسلكه لما يحتاج من ضمانات وإثباتات وحجج وبراهين ، وإجراءات وتكاليف ويزيد صعوبة عجز المظلوم أو فقره ومدافعة الظّالم عن نفسه ، بل مدافعة من يعين الظّالم على ظلمه ممّن يكون ألحن في حجّته ، يَخْبُر المداخل والمخارج التّي قد تفوّت الحقوق ، وتحمي الظّالم ، وغايته كسب وفير يبرر الوسيلة ولو كانت ظالمة .

ولا تزال أبواب القضاء في بلاد الدّنيا كلّها أكثر الأبواب ازدحاماً ، وطول انتظاراً ، حتّى أصبح كثير من أصحاب الحقوق يتردّد في طلب حقّه وانتزاعه عن طريق أبواب القضاء ، حذراً من طول انتظار ، وتضييع الوقت ، أو خوفاً على سمعتهم وفضح أسرارهم وخصوصيّاتهم في جلسات القضاء العلنيّة ، ولربّما لو سلك الطّريق مع هذا ودفع من المال ما دفع لم يصل إلى حقّه لنقص في مستنداته ، أو ضعف في مطالبته أمام خصم ألحن منه بحجّته.

وأمام هذا الواقع عادت الدّول إلى مبدأ التّحكيم ، وهو تحاكم الخصمين بالتّراضي إلى غير القاضي ، وقد كانت الدّول تظنّ أنّ التّحكيم يخدش السيادة ، ولكن تبيّن لها أنّه نوع من القضاء ، بل يمكن أن يخضع له ، ويكون سنداً قانونيّاً له .

---

[١] سورة النساء :٥٩ .

وقد أقرّ الإسلام التّحكيم ، بل حبذه وفضّله دون رفع التّخاصم إلى القضاء ، فما تمّ بـالتّراضي خير ممّا يتم بعد الشّحناء والخصومة ، فالتّراضـي بين الخصمين تقارب وتسامح وإيذان بالرّضـى بالحق أو بعضـه مع صفاء النّفوس وراحتها .

وقد عرف النّاس التّحكيم منذ القدم ، وما لجأ النّاس للقضـاء حتّى قامت الدّول وشرعت النّظـم وتعقّدت المسائل والمشاكل . كما عرفته العرب في جاهليّتها ، بل كان ملجأهم في حسم المنازعات بين القبائل ، وقد حقن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم دماء قومه في جاهليّتهم بالتّحكيم لمّا أرادوا أن يرفعـوا الحجر الأسود واختصموا فيه حتّى كادوا يتقاتلون قالوا : يحكم بيننا أوّل رجل يخرج من هذه السّكة فكان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أول من خرج ، فقضى أن يجعلوه في مِرْطٍ – كساء من صوف أو خز يؤتزر به – ، ثمّ ترفع جميع القبائل من أطراف المرط .

وقد نظّم الإسلام التّحكيم ، واعتبره نظاماً لفصل الخصومات هو دون القضاء وفوق الصّلح والفتوى ، فضبط شروط المحكّم ، وما يصح محلاً للتّحكيم ، وما لا يصحّ الحكم فيه ، وأعطى لحكم المحكّم صفة الإلزام كالقضاء ، وسلبه التّنفيذ كالفتوى .

وقد عنى الفقهاء بتنظيم التّحكيم ، وإقامته على أصول الشّرع ، ومبناه ، فأحكامه مبناها تحقيق المصالح في رد الحقوق لأصحابها بطريقة التّراضي ، وحفظ الأسرار ، وسرعة الوصـول للحقوق ودفع المفاسد من كثرت الخصومات القضائيّة ، ومشقّة التّرافع للقضاء ، ولذا قال ابن العربي " الحكم بين النّاس إنّما هو حقّهم لا حقّ الحاكم ،بيد أن الاسترسال على التّحكيم خرق لقاعدة الولاية ، وقود إلى تهارج النّاس تهارج الحمر ، فلا بدّ من نصب فاصل ، فأمر الشّرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج وإذن في التّحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشقة التّرافع ، لتتمّ المصلحتان وتحصيل الفائدتان "[1] . فمبنى التّحكيم تحقيق المصالح ، ودرء المفاسد ، وسد الذّرائع ، لكن لما كان على خـلاف الأصـل فـي أنّ الولايات تكون للحكّام احتاج إلى قيود وضوابط ، وفّى الفقهاء ترتيبها وضبطها .

وقد أثبت التّحكيم جدواه وأثره حتّى أصبح واقعا محترماً لا تخلوا دولة من تنظيمه واعتمـاده بل أنشأت له المحاكم والهيئات والمراكز المحليّة والإقليمية والدّولية . وأصبح شريان التّحكيـم بيـن خصومات ومنازعات الدّول والأفراد .

---

[1] أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي ، ١٢٥/٢ طبعـة دار الكتـب العلميـة ١٤١٦ – ١٩٩٦ بيروت .

وقد اهتمّت به الدّول العربيّة والإسلاميّة مؤخّراً . وأفضل خطوة فيه إقرار القمّة الإسلاميّة الخامسة المنعقدة في الكويت في يناير ١٩٨٧ مشروع النّظام الأساسي لمحكمة العدل الإسلامية للدّول الأعضاء في منظّمة المؤتمر الإسلامي .

وهناك نلحظ في التّحكيم لو طبّق على مستوى الدّول والأفراد ، لكان باب خير عظيم حين ينصّ نظامه على تطبيق أحكام الشّريعة الإسلاميّة . فإنّ الدّول والأفراد تترافع إليه بالتّراضي ، فيكون باباً واسعاً لتطبيق أحكام الشّريعة ويكون مرحلة تقديم الشّريعة وتطبيقها وتأخير القانون ، وإعادة الأمّة إلى سابق عدلها وعزّها .

ولقد حولت في هذا البحث أن أجمع شتات الموضوع من أمّهات الكتب الفقهيّة الأصليّة مستوعباً المذاهب بحججها وأدلّتها ،حتّى إذا ما تكامل للموضوع بناؤه الفقهيّ ، أتبعت به واقع التّحكيم دوليّاً ، مبينا المدى الذّي يمكن أن نتعامل به ، وما لا يمكن أن نتعامل به دوليّاً آخذاً بالاعتبار أنّ ميدان التّحكيم أو التّحاكم غدا في هذا العصر ميداناً رحباً في حلّ النّزاعات خاصّةً بين الدّول ، سواء بين دولتين مسلمتين ، أو بين دولة إسلاميّة وغيرها . وسواء في جهة التّرافع إسلاميّة كانت أو غير إسلاميّة .

أ. د. عجيل جاسم النشمي

التحكيم

تعريفــه :

لغـــــة : هو مصدر حكمه في الأمر ، أي جعله حكما ، وهو تفويض الحكم لشخص ، ويقـال للمحكم حكم ، ومحكم من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول ، ويقال محكم من باب التفعيل بصيغة اسم الفاعل[١]، وفي القرآن الكريم قوله تعالى : " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم " [٢]

واصطلاحا : اتخاذ الخصمين آخر [٣] أهلا للحكم برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما " .

ركن التحكيم :

ركن التحكيم إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر ، ويكون الإيجاب بالألفاظ الدالة على التحكيم كقول : قد حكمناك ، أو نصبناك حاكما أو جعلناك حاكما ونحوه ، فليس المراد خصوصي لفظ التحكيم[٤] .

ضابط التحكيم :

ضابط التحكيم كما قال ابن العربي : " إن كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ تحكيم المحكم فيه " [٥]، أو كما قال ابن عرفة : " إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما تـرك حقـه فيه " [٦]. أو كما جاء في الفتاوى " يجوز التحكيم في كل ما يملك المحكمان فعله في أنفسهما في حقوق الجار " [٧] ٥/٤٢٨ .

---

(١) مختار الصحاح ، لسان العرب المحيط ، مادة حكم ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن إبراهيم بن نجم ٢٣١٧ الناشر : دار الكتاب الإسلامي بيروت ، ورد المحتار على الدر المختار للإمام محمد أمين بن عمر ابن عابدين٥/٤٢٨ الناشر : دار الكتب العربية بيروت .

(٢) سورة النساء : ٦٥ ، وانظر : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر مادة ١٧٩٠ ، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين بن عبد الله محمد بن فرحون - المطبعة العامرية الشريفة - الطبعة الأولى بمصر .

(٣) هذا تعريف شارح المجلة إلا أنه عبر عن " آخر " بـ " واحدا " والمحكم كما يكون واحدا يكون متعددا ، وزاد في التعريف " المدعي والمدعى عليه " وحذفه أولى .

(٤) رد المحتار ٥/٤٢٨ .

(٥) أحكام القرآن للإمام أبي بكر بن عبد الله ابن العربي ٢/١٢٥ .

(٦) منح الجليل شرح مختصر خليل للإمام محمد بن أحمد بن محمد عليش ٨/٢٨٤ الناشر : دار الفكر بيروت .

(٧) الفتاوى الهندية : تأليف لجنة من العلماء برئاسة الإمام نظام الدين البلخي ٣/٣٩٧ الناشر : دار الفكر بيروت .

شروط المحكم :

يتفق الفقهاء في جملة الشروط وبخاصة أن يكون المحكم أهلا للقضاء أو الشهادة ، إلا أنهم يختلفون في بعض الشروط وفي تفصيلها .

فيشترط الحنفية أن يكون الحكم أهلا للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم أهلا للقضاء ، فلو انتخب الخصمان صبيا وحكم في حال صباه ، أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ [١] . وعبر صاحب الفتاوى الهندية باشتراط أن يكون الحكم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى إنه إذا لم يكن أهلا فأعتق ، أو ذميا فأسلم وحكم لا ينفذ حكمه [٢] .

واشتراط الشهادة أدخل تحكيم المرأة والفاسق ، لأنهما من أهل الشهادة وصلاحيتهما للقضاء والأولى عندهم عدم تحكيم الفاسق [٣] ، وكذا الكافر في حق الكافر ، لأنه أهل للشهادة في حقه ، وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ، وجاز لذلك تحكيم ذمي ذميا لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين . ويكون تراضيهما عليه في حقهما وجوازه قياسا على جواز تقليد السلطان للذمي ليحكم بين أهل الذمة ، فإذا جاز في القضاء جاز في التحكيم لأن المحكم كالقاضي [٤] ، ولا يصح تحكيم كافر في حق مسلم أو عبد محجور عليه أو محدود في قذف أو صبي لأنهم ليسوا من أهل الشهادة [٥] .

كما اشترطوا في المحكم أن يكون معلوما ، فلو كان حكما مجهولا كأول من يدخل المسجد لم يجز ، وألا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة [٦] .

واشترط المالكية أن يكون عدلا ، عدل شهادة بأن يكون مسلما ، حرا ، بالغا ، عاقلا، غير فاسق وقال اللخمي : " إنما يجوز التحكيم لعدل مجتهد " [٧] ، وقال المازري : " لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء " [٨] ، وأن يكون غير خصم أي غير أحد الخصمين ، لأن الشخص لا يحكم لنفسه ولا عليها وغير خصم لأحدهما بأن ثبت بينه وبين أحد المتداعيين خصومة دنيوية ، وإن لم تصل إلى العداوة .

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، شرح المادة ١٧٩٠ و ١٧٩٤ .

(٢) ٣٩٧/٣ وقال في رد المحتار : اشتراط الأهلية في الشهادة عند الأداء فقط ٤٢٨/٥ .

(٣) رد المحتار ٤٢٨/٥ .

(٤) المرجع السابق بتصرف .

(٥) تبيين الحقائق ١٩٣/٤ .

(٦) الفتاوى الهندية ٣٩٧/٣ .

(٧) منح الجليل ٢٨٤/٨ .

(٨) تبصرة الحكام ٦٣/١ .

التحكيم الدولي

اهتمت الدول بالتحكيم لما تضمنه من ميزات – سبق الإشارة إليها – ولقد سبقت الدول الأوروبية في الأخذ به باعتباره نظاما رديفا للنظام القانوني ، كما ساهمت به الدول العربية ، ولا يكاد يخلو قانون من إفراد فصل للتحكيم ، وبعض الدول تفرد له قانونا مستقلا [١].

ونتناول فيما يأتي باختصار الكلام على التحكيم الدولي والقضاء ، مع ذكر الفروق بينهما ، ثم نعرض لمحكمة العدل الدولية ، ونقتصر على تكوينها واختصاصاتها .

كما نتكلم عن محكمة العدل الأوروبية ، ثم نختار من اتفاقيات التحكيم ، اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، ونقتصر على ذكر نطاق ، ومكان التحكيم والدفوع المتعلقة باختصاص محكمة التحكيم ، كما نتكلم عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ثم نفصل قليلا عند الكلام عن محكمة العدل الإسلامية الدولية ، من حيث تأسيسها وتشكيلها والقانون واجب التطبيق ، ولغات المحكمة ، وإلزامية الحكم .

التحكيم الدولي :

التحكيم الدولي هو ذلك الإجراء أو تلك الوسيلة التي يمكن بواسطتها التوصل إلى تسوية سلمية للنزاع الدولي من خلال حكم ملزم تصدره هيئة تحكيم خاصة يختارها أطراف النزاع ، وانطلاقا من مبدأ تطبيق القانون واحترام قواعده .

والتحكيم الدولي ، بهذا المعنى له خصائصه المميزة التي نذكر منها :

أولا : إن القرار الصادر عن هيئة التحكيم الدولية (محكم واحد أو أكثر) لا يعتبر قرارا عاديا وإنما هو حكم يقرر حل النزاع عن طريق تطبيق قواعد القانون الدولي العام أو قواعد العدل والإنصاف أو أية قواعد قانونية أخرى يرتضيها النزاع ويطالبون هيئة التحكيم بتطبيقها .

ثانيا : إن القرار الصادر عن هيئة التحكيم هو قرار ملزم بالضرورة لأطراف النزاع ، ما لم يكونوا قد اتفقوا صراحة – في اتفاق أو مشارطة التحكيم – على خلاف ذلك .

---

[١] انظر : تفصيل ذكر أربع عشرة دولة في قوانين التحكيم ، كتاب : المنظمات الدولية الدكتور محمد الحسيني مصلحي ٤٣١ وما بعدها ، الناشر دار النهضة العربية ١٩٨٩ بمصر .

ثالثا : أن الدول عادة ما تحدد - على سبيل الحصر - الموضوعات التي يمكن أن يكون النزاع بشأن أي منها محلا للتحكيم ، مستثنية من ذلك كل ما يتعلق بالاستقلال السياسي والشرف الوطني والمصالح الحيوية ، وكذا المسائل التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها الداخلي ومع ذلك ، فالمشاهد أنه لا توجد قاعدة عامة في هذا الشأن ، لأن المعول عليه في التحليل الأخير هو إرادة الدول المتنازعة ذاتها وتكييفها لأهمية النزاع القائم بينها ، ولذلك فكثيرا ما نجد نزاعا دوليا معينا قد عرض على محكمة تحكيم دولية للفصل فيه ، على الرغم من تعلقه بالمصالح الحيوية والاستقلال السياسي لكل أو لأحد أطرافه ، ولعل المثال النموذجي الذي يمكن أن يشار إليه تدليلا على مصداقية هذا الاستنتاج هو ذلك المتعلق بتحكيم الألباما الشهير عام ١٨٧٢ بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، حيث كان أصل النزاع بين الدولتين متعلقا أساسا بموقف سياسي اتخذته الدولة الأولى (بريطانيا) تجاه الصراع في الحرب الأهلية الأمريكية .

والتحكيم الدولي نوعان : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، ففي حالة النوع الأول يكون لكل دولة الحق في قبول أو رفض اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع ، أما في حالة النوع الثاني - التحكيم الإجباري - فإن الدولة متى وافقت - سواء بمقتضى اتفاقات خاصة أو بمقتضى نصوص معينة ترد ضمن اتفاقات عامة - على قبول اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لطائفة معينة من المنازعات لفضها سلميا فهنا لا يكون لها أن ترفض اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع مع دولة أخرى متى كان هذا النزاع داخلا ضمن طائفة المنازعات التي سبق الاتفاق على تحديدها . [١]

القضاء الدولي :

يشير اصطلاح القضاء الدولي إلى ذلك الإجراء الذي يتم بموجبه الفصل في نزاع دولي عن طريق جهاز دولي دائم مختص بإدارة العدالة الدولية ، وذلك بموافقة أطراف هذا النزاع ومن خلال تطبيق قواعد القانون وباتباع نظام معين للإجراءات .

ويمكن القول بأن فكرة القضاء الدولي بهذا المعنى قد تداخلت إلى حد كبير وحتى قيام عصبة الأمم مع فكرة التحكيم الدولي ، وليس أدل على ذلك من حقيقة أنه عند إنشاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام ١٩٢٠ والتي تعتبر في نظر غالبية الفقه وبحق أول تجسيد حقيقي لفكرة القضاء الدولي الدائم ، كان من بين الأسماء التي اقترحت لها اسم محكمة العدل التحكيمي .

[١] موسوعة العلوم السياسية ١١٢٦ ، لمجموعة من المؤلفين - جامعة الكويت - دولة الكويت .

والواقع أن مثل هذا التداخل لا يزال قائما إلى اليوم ، حتى إن بعض الكتابات درجت على عدم التمييز بين القضاء الدولي والتحكيم الدولي ونظرت إليهما على أنهما مترادفتان ، وذلك على خلاف الحقيقة ، فالثابت أن التحكيم الدولي يتميز عن القضاء الدولي من عدة نواح :-

١. فمن حيث النشأة التاريخية ، يلاحظ أن التحكيم الدولي يضرب بجذوره في أعماق التاريخ البشري ، حيث أن القضاء الدولي لم يظهر كمصطلح قانوني إلا في نهايات القرن التاسع عشر كما أنه لم يظهر كنظام مؤسس إلا في أعقاب الحرب العالمية الأولى بقيام المحكمة الدائمة للعدل الدولي .
٢. كما يتميز الاصطلاحان أحدهما عن الآخر من حيث الدور الذي تلعبه الإرادة المشتركة لأطراف النزاع ، ففي ظل نظام التحكيم الدولي تتجلى هذه الإرادة في مختلف مظاهرها ، أما في ظل نظام القضاء الدولي - والقضاء عموما - فإن دور هذه الإرادة ينتهي عند لحظة الموافقة عند عرض النزاع على المحكمة الدولية المختصة ، التي هي منشأة أصلا قبل نشوب هذا النزاع والتي يكون لها بموجب دستورها أو نظامها الأساسي قانونها الذي تطبقه وقواعد الإجراءات التي تتبعها .
٣. يتميز القضاء الدولي عن التحكيم الدولي من حيث إن الأولى يقوم على وجود أجهزة دائمة لا يرتبط وجودها بتوقيت حدوث النزاع ، أما التحكيم الدولي فهو - كقاعدة عامة - ذو طابع مؤقت حيث إن الأصل بالنسبة لمحكمة التحكيم أنها تشكل للفصل في نزاع معين ثم تنفض إثر ذلك .
٤. يختلف الاصطلاحان ، كذلك من حيث دور كل منهما في إنشاء وتطوير القواعد القانونية فالثابت أن القضاء الدولي يسهم بدور أكبر في هذا المجال من خلال ما يرسيه من قواعد وسوابق ، أما التحكيم الدولي فإن دوره في هذا المجال يكون بدرجة أقل ويتحقق بشكل مباشر من خلال الإسهام - على المدى البعيد - في تكوين القواعد القانونية العرفية ، أو في الكشف عنها .

ومع ذلك فهناك سمات عديدة تجمع بين التحكيم الدولي والقضاء الدولي : فبادئ ذي بدء يعتبر كل منهما وسيلة قانونية لتسوية المنازعات الدولية سلميا ، ومن ناحية ثانية يلاحظ أن كلا من التحكيم الدولي والقضاء الدولي يفصل في النزاع المطلوب عن طريق إصدار حكم ملزم وبات ونهائي كقاعدة عامة ، ومن ناحية ثالثة فإن كلا منهما يقوم - من حيث المبدأ - على فكرة القبول الاختياري من جانب أطراف النزاع .

والدول عادة تفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي على اللجوء إلى القضاء الدولي .

ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها : أن اللجوء إلى التحكيم عادة ما يكون ميسورا مقارنة باللجوء إلى القضاء ، حيث إن هذا الأخير يتطلب شروطا معينة لإمكان التقاضي أمامه ، كذلك هناك حالات تكون فيها بعض المنازعات الدولية غير قابلة للعرض أمام القضاء الدولي نظرا لأن أحد أطراف النزاع ليس له حق التقاضي أمام محاكم هذا القضاء (كحالة نزاع طرفاه دولة من جانب وشركة أجنبية من جانب آخر) ، كما قد تلعب طبيعة النزاع دورها في تفضيل إحدى هاتين الوسيلتين على الأخرى ، فالمشاهد في ضوء الخبرة التاريخية أنه كلما كان النزاع ذا طابع فني كان من الملائم حله عن طريق التحكيم لا القضاء .[1]

---

(١) موسوعة العلوم السياسية ١١٣٠ .

القوانين الوضعية والتحاكم الدولي :

التحاكم الدولي فرع يتحدد حكمه بناء على حكم العمل بالقوانين الوضعية بجامع الحكم بغير ما أنزل الله فإذا جاز ، جاز التحاكم وهو لا يجوز قطعا لأنه حكم بغير ما أنزل الله والتحكيم الدولي حكم بغير ما أنزل الله فيحرم ونذكر ههنا أدلة حرمة الأصل ونتبعها بعد بأدلة حرمة الفرع بخصوصه وإن لم يحتج بالقياس إلى أدلة :

قال تعالى : " اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله " (١) .

قال الإمام ابن تيميه عن هؤلاء : الإنسان متى حلل الحرام المجمع عليه ، أو حرم الحلال المجمع عليه أو بدل الشرع المجمع عليه ، كان كافرا مرتدا باتفاق الفقهاء ، وفي مثل هذا نزل قوله تعالى : " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٢)، أي هو المستحل للحكم بغير ما أنزل الله .

ويقول فيمن تابع من حكم بغير ما انزل معتقدا حل حكمه : هؤلاء الذين اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله حيث أطاعوهم في تحليل ما حرم الله ، وتحريم ما أحل الله إن علموا أنهم بدلوا دين الله ، فتابعوهم على التبديل ، واعتقدوا تحليل ما حرم الله ، وتحريم ما أحل الله اتباعا لرؤسائهم ، مع علمهم أنهم خالفوا دين الرسل فهذا كفر ، وقد جعله الله ورسوله شركا ، وإن لم يكونوا يصلون لهم ويسجدون لهم ، فكان من اتبع غيره في خلاف الدين ، مع علمه أنه خلاف الدين واعتقد ما قاله ذلك ، دون ما قاله الله ورسوله ، مشركا مثل هؤلاء (٣).

ويقول أيضا : ومتى ترك العالم ما علمه من كتاب الله وسنة رسوله ، واتبع حكم الحاكم المخالف لحكم الله ورسوله كان مرتدا كافرا ، يستحق العقوبة في الدنيا والآخرة ، قال تعالى : " المص ، كتاب أنزل إليك فلا يكن في صدرك حرج منه لتنذر به وذكرى للمؤمنين ، اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تذكرون " (٤).

---

(١) سورة التوبة : ٩
(٢) سورة المائدة : ٤٤
(٣) مجموع الفتاوى ٧/ ٧٠ و ٣٥/ ٣٧٣ .
(٤) سورة الأعراف : ٣

ويقول الإمام ابن كثير في قوله تعالى : " أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون " [١] ينكر تعالى على من خرج عن حكم الله تعالى المحكم المشتمل على كل خير ، الناهي عن كل شر وعدل إلى ما سواه من الآراء والأهواء والاصطلاحات التي وضعها الرجال بلا مستند من شريعة الله كما كان أهل الجاهلية يحكمون به من الضلالات والجهالات مما يضعونها بآرائهم وأهوائهم وكما يحكم به التتار من السياسات الملكية المأخوذة عن ملكهم جنكيز خان الذي وضع لهم الياسق وهو عبارة عن كتاب مجموع من أحكام قد اقتبسها من شرائع شتى : من اليهودية والنصرانية والملة الإسلامية وغيرها ، وفيها كثير من الأحكام أخذها من مجرد نظره وهواه فصارت في بنيه شرعا متبعا يقدمونه على الحكم بالكتاب وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمن فعل ذلك منهم فهو كافر [٢].

ثم إن القوانين الوضعية تبديل ودين جديد : فقد نبه العلامة الشيخ أحمد شاكر رحمه الله تعالى إلى أن القوانين التي حكمت في رقاب المسلمين إنما هي تبديل لدين الله ، وتغيير لشرع الله .

يقول رحمه الله تعالى في ذلك : هذه القوانين التي فرضها على المسلمين أعداء الإسلام السافر العداوة ، هي في حقيقتها دين آخر ، جعلوه دينا للمسلمين بدلا من دينهم النقي السامي ، لأنهم أوجبوا عليهم طاعتها ، وغرسوا في قلوبهم حبها وتقديسها والعصبية لها ، حتى لقد تجري على الألسنة والأقلام كثيرا كلمات " تقديس القانون " ، " حرمة المحكمة " ، وأمثال ذلك من الكلمات التي يأبون أن توصف بها الشريعة الإسلامية ، وآراء الفقهاء الإسلاميين ، بل هم حينئذ يصفونها بكلمة " الرجعية " " الجمود " ، " الكهنوت " ، " شريعة الغاب " ، إلى أمثال ما ترى من المنكرات في الصحف والمجلات والكتب العصرية ، التي يكتبها أتباع أولئك الوثنيين .

وبين الشيخ أن القوانين الوضعية تعتبر تشريعا جديدا ودينا جديدا سواء منها ما وافق الشرع أو خالفه فيقول : وصار هذا الدين الجديد هو القاعدة الأساسية التي يتحاكم إليها المسلمون في أكثر بلاد الإسلام ويحكمون بها ، سواء منها ما وافق في بعض أحكامه شيئا من أحكام الشريعة وما خالفها وكله باطل وخروج ؛ لأن ما وافق الشريعة إنما وافقها مصادفة ، لا اتباعا لها ، ولا طاعة لأمر الله وأمر رسوله ، ، فالموافق والمخالف كلاهما مرتكس في حمأة الضلالة ، يقود صاحبه إلى النار ، لا يجوز لمسلم أن يخضع له أو يرضى به .

---

[١] سورة النساء : ٦٠ .

[٢] تفسير القرآن العظيم للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير ، ٦٧/٢ ، طبع دار إحياء الكتب العربية ـ مصر .

فهو يقرر أن هذه الشرائع كلها باطلة . وهي خروج على الدين الإسلامي ، ولا عبرة بما جاء فيها موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الموافقة جاءت مصادفة ، والتشريع الإسلامي يؤخذ من حيث كونه منزلا من عند الله دون سواه .

ثم بين كيف تدرج الأمر بالمسلمين فصاروا يطلقون على هذه القوانين ودراستها كلمة " الفقه " ، "والفقيه " و " التشريع " ، " والمشرع " وما إلى ذلك من الكلمات التي يطلقها علماء الإسلام على الشريعة وعلمائها .

ثم بين أن المسلمين انحدروا درجة وتجرؤوا على الموازنة بين دين الإسلام وشريعته وبين دينهم المفترى الجديد .

ثم بين كيف وصل الحال بهم إلى الدرك الأسفل فنفوا شريعتهم الإسلامية عن كل شيء وصرح كثير منهم في كثير من أحكامها القطعية الثبوت والدلالة بأنها لا تناسب هذا العصر ، وأنها شرعت لقوم بدائيين ، غير متمدنين ، فلا تصلح لهذا العصر الإفرنجي الوثني !! خصوصا في الحدود المنصوصة في الكتاب والعقوبات الثابتة في السنة [١].

وانتهى إلى القول : وصار هذا الدين الجديد هو القواعد الأساسية التي يتحاكم إليها المسلمون في أكثر بلاد الإسلام ، سواء منها ما وافق في بعض أحكامه شيئا من أحكام الشريعة وما خالفها [٢].

وقال في موضع آخر : والذين نحن فيه اليوم ، هو هجرة لأحكام الله عامة بلا استثناء وإيثار أحكام غير حكمه في كتابه وسنة نبيه ، وتعطيل لكل ما في شريعة الله [٣].

وينبه الشيخ إلى قضية جديرة بالنظر وهي استمراء القوانين والاندماج فيها وحبها وهذا حال أسوأ من حال التتار وقانون الياسق ، فيقول : الشيء الغريب المدهش أن الإسلام غلب التتار ثم مزجهم فأدخلهم في شرعته ، وزال أثر ما صنعوا بثبات المسلمين على دينهم وإن هذا الحكم السيئ الجائر كان مصدره الفريق الحاكم إذ ذاك ، لم يندمج فيه أحد من أفراد الأمم الإسلامية المحكومة ، ولم يتعلموه ، ولم يعلموه أبنائهم ، فما أسرع ما زال أثره .

---

(١) عمدة التفسير ٢/٢١٥ عن كتاب الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر سليمان الأشقر ، الطبعة الأولى ١٩٨٣ - ١٤٠٤ ، الكويت .

(٢) انظر كلام أحمد شاكر رحمه الله هذا في عمدة التفسير (٢/٢١٤ - ٢١٥) ذكره تعليقا على ابن كثير في تفسيره للآيات (٦٤ - ٦٥) من سورة النساء ، عن كتاب الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية ٦٢ .

(٣) انظر تعليق الشيخ على تفسير ابن جرير الطبري ، تفسير سورة المائدة آية ٤٤ ، ١٠/٣٤٩ ، عن المرجع السابق ٦٢

والمسلمون الآن أسوأ حالا ، وأشد ظلما وظلاما من حالهم في ذلك العصر؛ لأن أكثر الأمم الإسلامية الآن تكاد تندمج في هذه القوانين المخالفة للشريعة ، والتي هي أشبه شيء بذلك " الياسق " الذي اصطنعه رجل كافر ظاهر الكفر [١].

الحكم بغير ما أنزل الله غير المخرج من الملة :

غالب حال الأمة الإسلامية اليوم الحكم بغير ما أنزل الله مغلوبة مقهورة مكرهة عليه ، وهذا ليس عذرا في جميع الأحوال والظروف ، وهو وإن كان من كبائر وعظائم الأمور إلا أنه لا يخرج من الملة ، لاعتقاد المسلم خلافه ، وإنما يؤاخذ المسلم على اعتقاده وفي هذا يقول محمد بن أبي العز شارح الطحاوية : إن الحكم بغير ما أنزل الله قد يكون كفرا ينقل عن الملة ، وقد يكون معصية : كبيرة أو صغيرة ، ويكون كفرا : إما مجازيا ، وإما كفرا أصغر ، على القولين المذكورين .

وذلك بحسب حال الحاكم : فإنه إن اعتقد أن الحكم بما أنزل الله غير واجب ، وأنه مخير فيه أو استهان به مع تيقنه أنه حكم الله : فهذا وإن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله ، وعلمه في هذه الواقعة ، وعدل عنه مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة ، فهذا عاص ، ويسمى كافرا كفرا مجازيا ، أو كفرا أصغر ، وإن جهل حكم الله فيها ، مع بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة الحكم وأخطأه ، فهذا مخطئ ، له أجر على اجتهاده ، وخطؤه مغفور [٢].

وتحدث الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي الديار السعودية الأسبق رحمه الله تعالى عن هذا النوع من الكفر فقال : وأما القسم الثاني من قسمي كفر الحاكم بغير ما أنزل الله ، وهو الذي لا يخرج عن الملة ففي تفسير ابن عباس رضي الله عنهما لقول الله عز وجل : " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " [٣]، وقد شمل هذا القسم ، وذلك في قوله رضي الله عنه " كفر دون كفر " وقوله أيضا : " ليس بالكفر الذي تذهبون إليه " ، وذلك أن تحمله شهوته وهواه على الحكم في القضية بغير ما أنزل الله ، مع اعتقاده أن حكم الله ورسوله هو الحق ، واعترافه على نفسه بالخطأ ، ومجانبة الهوى .

---

[١] تعليق الشيخ أحمد شاكر على عمدة التفسير ١٧٢/٢ عن المرجع السابق ٦٢ .

[٢] شرح العقيدة الطحاوية ٣٦٤ ، الطبعة الرابعة ، ١٣٩١ - بيروت .

[٣] سورة المائدة : ٤٤ .

فهذا وإن لم يخرجه كفره عن الملة ، فإنه معصية عظمى أكبر من الكبائر ، كالزنا ، وشرب الخمر والسرقة واليمين الغموس ، وغيرها ، فإن معصية سماها الله في كتابه كفرا ، أعظم من معصية لم يسمها كفرا ، نسأل الله أن يجمع المسلمين على التحاكم إلى كتابه انقيادا ورضاء ، إنه ولي ذلك والقادر عليه [١].

حرمة التحاكم الدولي :

مما سبق يظهر حرمة الحكم بغير ما أنزل الله ، وينبني عليه حرمة تحاكم المسلمين فيما بينهم أو فيما بينهم وبين غير المسلمين إلى محكمة دولية لا تحكم بالشريعة الإسلامية سواء أكان قضاتها كلهم مسلمون أو كلهم غير مسلمين ، أو كانوا مسلمين وغير مسلمين .

وأدلة تحريم التحاكم بخصوصه كثيرة ومتضافرة ، وقبل ذكر الأدلة لا بد من تحرير محل الكلام في الموضوع ، فإن محل الخلاف هو التحاكم إلى محكمة دولية يمثل فيها قاض أو أكثر ، غير مسلمين كلهم أو بعضهم ، ويطبق قانون وضعي في أمور التشريع أو غيرها ، وقد يطبق فيها ما يوافق الشريعة ، وبهذا لا يدخل معنا التحالف ، إذ الإسلام يقره وقد شارك رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه فقال : " شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا ما أحب أن لي به حمر النعم ، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت " [٢]، فالحلف جائز ما دام تعاونا على البر والتقوى والأخذ على يد الظالم ، وإنصاف المظلوم ، ورد الحقوق إلى أصحابها فالأطراف فيه متكافئة ولا حكم فيه لرفع نزاع بين طرفين أو أكثر حتى يكون تحكيما أو تحاكما .

ومن هذا أيضا المعاهدات والاتفاقات الدولية ، وهي اتفاق دولي يحقق مصالح دولتين أو أكثر والعبرة بمضمون المعاهدة ، فإن كان مشروعا كالاتفاقات أو المعاهدات التجارية والثقافية ونحوها فلا ريب في جوازها وإن كانت معاهدات أو اتفاقات موضوعها محرم شرعا كالمتاجرة بالمحرمات أو إباحة المحرمات فإنه محرم الدخول في هذه المعاهدات أو الاتفاقيات قطعا .

بعد هذا نذكر بعض أدلة تحريم التحكيم فيما يأتي :-

- قوله تعالى : " وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه " [٣].

---

[١] انظر الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر الأشقر ١٨٥ .

[٢] الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام للإمام عبد الرحمن السهلي ، ٦٣/٢ .

[٣] سورة البقرة : ٢١٣ .

- وقوله تعالى : " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس " (١).
- قوله تعالى : " فاحكم بين الناس بالحق و لا تتبع الهوى " (٢).
- وقال تعالى : " فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين " (٣).
- وقوله تعالى : " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم " (٤).

ووجه الدلالة من هذه الآيات أنها نص جلي لا يحتمل الخلاف في أن الغاية في إنزال القرآن الكريم إنما هي الحكم بين الناس ، وترك الحكم بالهوى ، والهوى كل ما تبع فيه الإنسان رأيه واجتهاده مقطوع الصلة عن هدى الله عزل وجل ، ثم إن التحاكم إلى الله ورسوله صلى الله عليه وسلم لفض النزاع بين المؤمنين دليل الإيمان ، والتحاكم إلى غيرهما ينزع عنهم صفة الإيمان حتى يرجعوا إلى حكم الله ورسوله صلى الله عليه وسلم .

ولم يكتف القرآن بتحديد جهة التحاكم واشتراط أن تكون إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، بل أمرنا بنبذ أحكام الكفر واعتبرها طاغوتا فكيف يلجأ المسلم إلى الطاغوت لأخذ الحكم قال تعالى : " ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا " (٥).

يقول الإمام بن القيم : " من تحاكم أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه والطاغوت كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، أو يعبدونه من دون الله أو يتبعونه على غير بصيرة من الله أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة لله (٦).

---

(١) سورة النساء : ١٠٥ .

(٢) سورة ص : ٢٦ .

(٣) المائدة : ٤٢ .

(٤) النساء : ٦٥ .

(٥) النساء : ٦٠ .

(٦) أعلام الموقعين ١/٥٣ عن الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر الأشقر ١٩٨ وقال الراغب الطاغوت : كل متعبد ، وكل معبود من دون الله ، انظر : مفردات ألفاظ القرآن للإمام الراغب الأصفهاني ، لفظ " طغى " الطبعة الثانية ، ١٤١٨ - ١٩٩٧ بيروت .

قال ابن كثير في الآية : هذا إنكار من الله عز وجل على من يدعي الإيمان بما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه وسلم ، وعلى الأنبياء الأقدمين ، وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في فصل الخصومات إلى غير الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم [1].

وما اشتراط الإسلام في القضاة فهذا مما أجمع عليه الفقهاء فاشترطوا في القاضي الإسلام والمحكم كالقاضي [2] لما له من الولاية قال تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " [3]، ولا ريب أن حكم غير المسلمين على المسلمين سبيل لهم علينا ، فيكون منهيا عنه بظاهر الآية .

هذا وهناك اتجاه يرى أصحابه جواز لجوء الدول الإسلامية إلى محكمة العدل الدولية قال الدكتور وهبة الزحيلي : لا مانع من تطبيق القانون الدولي " قواعد الحق والعدالة " في التحكيم لأن الرسول حدد مقدما لسعد بن معاذ في قضية التحكيم في يهود بني قريظة القواعد التي يقضي بها وقواعد التحكيم في محكمة العدل الدولية لا تخرج عن كونها إما اتفاقا دوليا أو عرفا عاما سارت الدول على مقتضاه ، أو قاعدة من قواعد العدل والإنصاف ، فإذا أضرت قاعدة بالمسلمين كانوا بالخيار كما هو المقرر دوليا في عدم عرض النزاع على محكمة العدل [4].

وهذا رأي يحتاج إلى دليل يسنده فقياس قواعد التحكيم في محكمة العدل الدولية على قواعد التحكيم عند سعد بن معاذ رضي الله عنه قياس مع فارق واضح ، فالنبي صلى الله عليه وسلم هو الذي حكم سعد بن معاذ ، وسعد هو من هو مكانة بين المسلمين ، ولن يحكم إلا بهدى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ومقاصد الشرع وقواعده . ولذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : " حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سماوات " ولا ريب أن مرجع الاتفاقات والأحكام الدولية إلى القوانين الدولية ثم إن القضاة من غير المسلمين ، كيف وقد أجمع الفقهاء على اشتراط الإسلام في القاضي ، بل هم الآن يشترطون في المحكمين أن يكونوا من كبار القضاة ، والتحكيم الدولي قضاء .

---

[1] مختصر تفسير ابن كثير للشيخ محمد علي الصابوني ٤٠٨/١ .

[2] من الفقهاء من لم يشترط الإسلام في القاضي واشترط أن يكون عالما بالشريعة الإسلامية مع بقية الشروط السابق ذكرها .

[3] سورة النساء : ١٤١ .

[4] العلاقات الدولية في الإسلام ، ٧٧ الطبعة الاولى ١٤٠١ - ١٩٨١ بيروت ، وآثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٧٦٧ الطبعة الرابعة ١٤٢١ - ١٩٩٢ دمشق .

التحاكم للضرورة :

لا شك أن التحاكم محرم إذا كان تحاكم المسلمين إلى محكمة غير إسلامية قولا واحدا لا يسع خلافه للأدلة الصريحة السابقة ، لكن حل تدخله الضرورة فتغير حكمه إذ الضرورات تبيح المحظورات ، لضرورة إذا كانت كلية قطعية بحيث يؤدي تفويت التحكيم فيها إلى مفاسد يقينية تلحق بالمسلمين ، وتفوت مصالح يقينية كلية فإن الأمر يحتمل النظر ، وحينئذ يتقيد بحد الضرورة ، فإذا أمكن أن يكون القضاة كلهم أو جلهم مسلمين فيجب المصير لذلك ، وإذا اقتضى اشتراك العديد الأقل فكذلك .

ويعمل على استخلاص الأحكام غير المعارضة للنصوص والمقاصد والمصالح الشرعية ويشترط قبل هذا انتفاء وجود محكمة عدل إسلامية ، وهي الآن قائمة تحتاج إلى تنشيط لتزاول مهامها إن وجدت وعليه فلا ضرورة لرفع التحاكم إلى محكمة العدل الدولية أو غيرها .

ويمكن أن يستأنس للضرورة بما قاله بعض المالكية ، فقد أجاز بعض المالكية كالإمام الخرشي اشتراط الكفار في عقد المهادنة أن يحكموا بين المسلم وغير المسلم إذا دعت لذلك ضرورة فيقول في شرحه لمتن خليل عند استعراضه لشروط المهادنة : ويجب أن يخلو عقدها من شرط فاسد وإلا لم يجز ، كشرط بقاء مسلم أسيرا بأيديهم ، أو بقاء قرية للمسلمين خالية منهم ، وأن يحكموا بين مسلم وكافر ، وأن يأخذوا منا مالا ، إلا لخوف ، فيجوز كل ما منع [1].

وإعمالا لما يراه الحنفية من جواز شهادة غير المسلم على غير المسلم ، فإنهم قالوا أنه يصح إشراك غير المسلم مع المسلم في حكم بين المسلمين وغيرهم ، وينفذ ما يحكم به على غير المسلمين وحدهم [2].

---

(١) الخرشي على متن خليل ج٢ ص ٤٤٨ ، ٤٤٩ عن بحث المستشار محمد الميناوي ، مجلة أبحاث مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ٨٦١٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٠١ عن البحث السابق .

خلاصة البحث

بينا أن التحكيم قد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة ، كما ثبتت بالقياس على القضاء ، وأن التحكيم يلتقي مع القضاء والإفتاء في جوانب ويختلف عنهما في أخرى ، وأن التحكيم جعل الأمر إلى المحكم .

وثبت بالنصوص القواطع أن الأصل حرمة التحاكم إلى محاكم دولية ، أو محاكم دولة أجنبية يكون طرفا التحاكم إليها جهات مؤسسات مالية أو أفراد ، وقد أجمعت الأمة على حرمته حال التحاكم مع اعتقاد الحل ، ورد أحكام الشرع ، بل هو خروج عن الملة ، ولا ريب أن التحاكم غير التحالف ، إذ التحالف تعاون وتعاهد على عمل هو خير – في الجملة – للدول وللبشرية ، كحال المعاهدات والتحالفات اليوم .

وقد خلصنا إلى أن تحاكم المؤسسات المالية الإسلامية أو الأفراد إلى قوانين دول أجنبية محرم على سبيل القطع ؛ لأن التحاكم إنما يتم بالتراضي بين الطرفين ، والحرمة هنا ثابتة سواء أكانت الأطراف مسلمة كلها ، أو أحدها أو بعضها حين التعدد .

ومنشأ الحرمة ما ورد من نصوص الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والأمة ، وأيضاً اتفاقهم على اشتراط الإسلام في القاضي والمحكم مثله ؛ ولأن القضاء والتحكيم ولاية وهي لا تكون لغير المسلم على المسلم .

ويستثنى من أصل حرمة التحاكم أو التحكيم أمور مردها إلى الضرورات أو الحاجات الشديدة المنزلة منزلة الضرورة لحفظ مال أو نفس ، وحينئذ تقدر الضرورة بقدرها ، فإذا أمكن أن يكون أغلب المحكمين مسلمين جاز ، وإلا فلا بأس بالعدد الأقل ، ويتحقق حال الضرورة ، والحاجة المنزلة منزلتها حال من يعيش في ديار الكفر مقيماً إقامة مؤقتة أو دائمة، أو مواطناً فيها ، وليس له للحفاظ على ماله أو نفسه إلا باللجوء إلى هذه المحاكم أو إلى التحكيم . وكذا الحكم بالنسبة للمؤسسات المالية الإسلامية في تلك الديار حين لا يسعها اشتراط التحكيم لأطراف كلها مسلمة أو بعضها داخل تلك الديار أو خارجها .

ويستأنس لحال الضرورة أو الحاجة الشديدة هذه ما أجازه الإمام الخرشي من اشتراط الكفار في عقد المهادنة أن يحكموا بين المسلم وغير المسلم ، وأيضاً بما يحكم به على غير المسلمين وحدهم .

وبناءً على ذلك ، فإن تحاكم المؤسسات المالية الإسلامية إلى قوانين الدول الأجنبية محرم على سبيل القطع ، إلا حال الضرورة ، أو الحاجة الشديدة المنزلة منزلتها ، ولا يجوز

للهيئات الشرعية أن تقر العقود المتضمنة تحكيم قوانين جهات أجنبية أو التحاكم إلى محاكم أجنبية ما لم تقدر الهيئة أنها حال ضرورة . والله أعلم .